

阐释与理论: 英美证据法研究传统的二元格局

吴洪淇^{*}

〔内容摘要〕 现代英美证据法的价值基础是理性主义多元价值基础,这一价值基础决定了现代英美证据法研究的二元格局,也就是阐释性传统和理论性传统二元并立的格局。现代英美证据法研究的发展史就是二元格局相互作用的历程。20世纪70年代以来英美证据法研究的转向便是二元格局相互作用的结果。从宏大的历史视野入手归结的二元格局模式有助于把握英美证据法研究的发展脉络,也有助于我国更恰当地建构和发展证据法学。

〔关键词〕 证据法 价值基础 理性主义 阐释性传统 理论性传统

随着庭审模式改革和证据立法运动在我国的兴起,证据法领域逐渐成为备受关注的热点领域。急剧增加的制度需求激发了对证据法研究的需求,往往需要发达的英美证据法研究来为制度建设作出注解。在这种情况下,英美证据法研究就不再是毫不相关的他者,因此对英美证据法研究的理解和把握成为无法回避的问题。但英美证据法并不是单一的、静止的,而是多元的、变动的。尤其在20世纪70年代之后,英美证据法研究无论在学科研究方法还是在关注重点上出现了重要转向。^{〔1〕}为此,本文将探究上述的演变历程是如何展开的,在此之后又取得了哪些进展,以及如何理解这些理论进展。

一、证据法的多元价值框架

(一) 证据法的理性主义传统

在现代司法证明模式中,人类理性在司法证明的过程中占据了统治地位。这是现代司法证明的最根本特征,从而也成为了现代证据法研究者研究的起点。^{〔2〕}在这种模式中,人类理性的这种统治性地位具有双重意蕴:从认识论层面来说,理性在司法证明过程中的统治地

^{*} 吴洪淇,厦门大学法学院讲师,法学博士。

〔1〕 See Roger C. Park & Michael J. Saks, Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn 47 B. C. L. Rev. 949 (2006).

〔2〕 英国证据法学家威廉·特文宁将这一特征称之为“证据法研究的理性主义传统”。See William Twining, Re-thinking Evidence: Exploratory Essays, 2 ed., Cambridge University Press, 2006, pp. 35-99.

位表现在了人类对自身认识能力的自信,自信自身的推理能力能够通过司法证明过程来认识案件事实,而不是将这种认识活动交给上帝及其代表人或立法者。一些学者将这种认识能力的自信称为“普遍认识能力原则”(Principle of Universal Cognitive Competence)⁽³⁾也就是假定人类对过去案件事实的认知是可能的。与此同时,理性的这种统治性地位也承认其局限之所在,也就是承认理性对于过去案件事实的认识需要受到多种因素的制约。这些因素一部分来自于认识论层面,另一部分则来自于人类其他的价值需求。因此,从价值论层面来说,人类理性在司法证明过程中的统治性地位表现为真相这一价值在司法证明过程中占据着崇高的地位,但除了真相价值之外,国家安全、家庭关系的保护、被告人人权等价值同样被赋予了重要的地位,真相价值的崇高地位并不意味着可以压倒其它价值。因此,可以说,证据法的多元主义价值状态是理性主义传统下的一个必然产物。

(二) 理性主义多元价值框架

司法证明活动不仅仅是一种单纯的回溯性认识活动,而是纠纷解决机制之司法审判的重要组成部分,司法证明的目的要服从于司法审判的整体目的。许多证据法学者很早便清醒地意识到这一点,著名法学家边沁在构建其司法证据原理体系的过程中便是从司法审判体系入手进入证据法体系的。在其代表作《司法证据原理》当中,边沁首先构建了两类裁判模式即自然性程序体系和技术性程序体系,他认为前者是一种理想的裁判模式,而后者则是他当时所处时代的对应模式。在边沁看来,自然性程序体系的理想场景在于:圣明的父亲处于家庭的核心来作出裁判,纠纷各方面对面,作出口头证言并接受交叉询问。没有证人——包括当事人本身——和相关证据会被排除,他们也不会遭受主要的讼累、耗费与延迟。因此,边沁主张证据应该尽可能地加以采纳而不是排除,并且应该将所有排除证据的证据规则都给予废除,这就是所谓的不排除原则和废除主义主张。⁽⁴⁾

边沁的不排除原则和废除主义的激进主张并未完全得到实现,但其对于证据法的价值期待和解决思路却为现代证据法的发展奠定了基础,他所倡导的这种多元主义价值体系被进一步发展和完善并最终落实到证据法立法层面。美国证据法学家詹姆斯·布莱德利·塞耶在回应边沁不排除主张的基础上为证据法提出了两大原则:第一是排除性原则,即对被要求证明的任一问题在逻辑上无证明力的证据将不可采;第二是包容性原则,即任何具有证明力的都应该进入,除非有一个明确的法律上的政策理由将其排除在外。⁽⁵⁾在这两条原则之下,任何证据规则要得以存在便需要阐明自身存在的理由,也就是塞耶所说的“政策理由”。在此基础上,威格摩尔根据证据规则存续之理由的不同将证据规则区分为两类:证明政策规则(Rules of Probative Policy)和外部政策规则(Rules of Extrinsic Policy)。证明政策规则的目的在于促进真相价值的实现。而外部政策规则的目的则是为了促进那些除真相之外的其它价值,如特免权规则和非法证据排除规则。⁽⁶⁾由此,威格摩尔将证据规则与多元主义价值体

(3) See J. D. Jackson, Two Methods of Proof in Criminal Procedure, Modern Law Review, Vol. 51, No. 5, 1988, pp. 549-568; Jonathan Cohen, Freedom of Proof, in William Twining & Alex Stein (eds.), Evidence and Proof, New York University Press, 1992, p. 3.

(4) William Twining, Theories of Evidence: Bentham and Wigmore, Stanford University Press, 1985, pp. 66-74.

(5) J. B. Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law, Little, Brown and Company, 1969, p. 314.

(6) John Henry Wigmore, Evidence in Trial at Common Law, Little, Brown and Company, 1983, p. 689.

系勾连起来并进行了有序的分类。

边沁、塞耶和威格摩尔的思路为《美国联邦证据规则》(以下简称《规则》)所吸收并进而对20世纪的证据法典化产生了深远的影响。⁽⁷⁾三个人的主张分别转化成为证据规则体系的目的、原则与规则,从而构架了整个证据规则体系的基本框架。而上述价值(目的追求)、原则、规则又组成了一个证据规则体系的理性主义多元价值结构。现代证据法的这一多元价值结构成为证据法学者研究的一个重要参照物,可以说,从证据法自身的发展历程中便已经出现了二元结构对立的趋势,证据法成为了相关性这一大原则下的一系列例外。⁽⁸⁾这一价值结构中的二元分离趋势为英美证据法研究的基本格局埋下了伏笔。

二、证据法研究的阐释性传统

与大陆法系证据法跌宕起伏的巨大变化不同,现代英美证据法的形成是一个渐进式的发展过程。基于判例法的传统,英美证据法的形成并不是一蹴而就的,而是法官在回应具体社会问题的过程中逐步确立的。例如,与证人相关的作证资格规则早在16世纪便得以确立,免于自证其罪规则在17世纪才出现于普通法中,而传闻规则则是在18世纪才得以形成。⁽⁹⁾这样一种渐进式的形成模式以及附着于判例法的特点使英美证据法在其早期必然呈现出一种零散的状态,为了便于对其进行把握便产生了对证据法进行系统化阐释的必要。

(一) 阐释性传统的形成

对证据法的系统阐释开始于18世纪中叶英国证据法学家吉尔伯特的《证据法》。在该著作中,吉尔伯特首次试图以洛克的认识论为起点对零散的普通证据法规则进行系统化。这样一个体系的基石是最佳证据规则,因为在吉尔伯特看来,“与证据相关的第一个也是最为显著的规则就是人类必须拥有事实性质所能拥有的最大限度的证据,因为法律的设计就是为了获得对权利问题的严格证实,没有了事物性质所能拥有的最佳证据,也就没有了某个事实的证实”。⁽¹⁰⁾以证据的形式盖然性为标准,吉尔伯特着手建立起证据的不同等级并且将它们进行分门别类,这样吉尔伯特就在最佳证据规则的基础上建立起一个相对融贯的证据法体系。这样一种系统化的努力得到了热烈的回应。18世纪中叶之后的近一个世纪里,皮克、菲利普斯、斯达克、格林列夫、泰勒、贝斯特等在他们的著述中都将最佳证据规则视为整合证据法体系的基础性原则。

吉尔伯特的这种系统化阐释努力遭到了以边沁为代表的证据法学者的强烈批判。但是,阐释性的努力并没有因此而终止。1875年,英国证据法学家詹姆斯·菲特詹姆斯·斯蒂芬在其著作《证据法概要》中提出用相关性原则来取代最佳证据规则的基础性地位。斯蒂芬以密尔的逻辑学为基础,用证据的相关性标准来取代吉尔伯特的形式盖然性标准,以此

(7) 关于塞耶和威格摩尔对美国证据法典化的影响,参见 Eleanor Swift, One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph, 88 Cal. L. Rev. 2437 (2000)。

(8) William Twining, Rethinking Evidence: Exploratory Essays, 2ed., Cambridge University Press, 2006, chapter 6.

(9) See John H. Langbein, The Orgins of Adversary Criminal Trial, Oxford University Press, 2003, chapter 4. 关于传闻规则参见[美] Thomas P. Gallanis 《现代证据法的兴起》,吴洪淇译,载《证据科学》2008年第1期。

(10) Geoffrey Gibert, The Law of Evidence, in Classics of English Legal History in the Modern Era, selected by David S. Berkowitz & Samuel E. Thorne, Garland Publishing, 1979, pp. 3-4.

为基础建构证据法理论体系;通过对证据法范围的限缩使其与其他法律分支相对分割。与此同时,斯蒂芬将大量前辈证据法学者所处理的一些同证据法相关的问题都驱除出去,这些规则包括推定、与证人作证相关的规则、宣誓作证的采纳等一系列规则。通过这样一种自我限定,斯蒂芬希望将“证据法主题从它所通常混杂在一起的法律之其它分支那里分离出来;将它缩小成一个紧凑的体系形式并根据该主题问题的自然区划来分布”。⁽¹¹⁾

美国证据法学家塞耶沿着斯蒂芬所开创出来的路线继续前进,一方面,塞耶延续了斯蒂芬的限缩进路,将他认为与证据法不直接相关的一些规则排除在证据法范围之外,比如用于控制陪审团决策过程的、与证据的采纳排除无关的一些规则。另一方面,在其代表作《普通证据法初论》中,塞耶进一步改进了斯蒂芬的相关性规则,他将相关性原则概括如下:“(1)对被要求证明之某一问题不具有逻辑证明力的不可采;(2)任何具有此类证明力的都应该采纳,除非有一个清晰的法律政策理由将之排除在外。”⁽¹²⁾但是,塞耶的《普通证据法初论》是一部以梳理证据法历史为主的著作,它提出这个原则,但未能以此为基础对整个证据法体系进行全面的阐述,而这个任务就落在了塞耶的学生约翰·亨利·威格摩尔身上。

1904年,威格摩尔在其代表作《普通法审判中的英美证据制度专论》中将这种阐释性进路发挥到了极致,他阐明了三个目标:“第一,将英美证据法阐述成一个由理性原则和规则构成的系统;第二,将那些明显相互对立的司法先例乱麻整合成由这些原则和规则构成的协调一致的产物;第三,为确定在五十个独立的美国辖区中该法律的当前状况而提供所有的材料。”⁽¹³⁾威格摩尔对证据法的权威阐释一直“统治”着20世纪的前50年,以至于在威格摩尔之后再没有学者致力于发展一般理论或者撰写系统性专论来替代威格摩尔的专论。⁽¹⁴⁾

(二) 阐释性传统的特征与内在困境

对于普通证据法的这种系统化阐释的努力一直贯穿着现代英美证据法的发展过程,成为20世纪60年代之前英美证据法的主流研究传统。从形式上来看,这一阐释传统具有两个特征。其一,从研究对象来说,这一研究传统的核心对象是证据规则,特别是排除规则。这一研究传统的主要任务是将以判例法形式出现的证据规则进行细致的梳理、阐述,进而形成一整套完整的证据法规则体系和理论体系。这种阐释性努力的动因来源于使证据法成为一套便于法官、律师等职业人士所掌握的规则体系和理论体系,也推动和促进了证据法理论研究与作为一门可以讲授的学科的成熟。其二,从其研究方法上来说,这一传统的标志性产物便是一部部以“专论”为名的作品。这些作品绝大部分都采用了一种阐释的方法,也就是主要对规则进行分析并系统化,从而促使这些规则进行再概念化或者使之获得改进。这种方法借以用来评判和改进规范的资源主要依赖历史、经验以及“炉边归纳”⁽¹⁵⁾而不是依靠

(11) James Fitzjames Stephen, *A Digest of the Law of Evidence*, 1st ed., Macmillan and Co., 1881, p. 10.

(12) James Bradley Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown and Company, p. 530.

(13) John Henry Wigmore, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, Little, Brown and Company, 1904, perface.

(14) William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2 ed., Cambridge University Press, 2006, p. 72.

(15) “炉边归纳”(fireside inductions)一词是由心理学家鲍尔·米尔提出,主要用来描述我们从日常经验、自我反思、逸闻证据(anecdotal evidence)以及文化上所传承的理念(culturally transmitted ideas)之中而不是从严格的、系统的研究中所获得的影响和推论。See Paul Meehl, *Law and the Fireside Inductions: Some Reflections of a Clinical Psychologist*, 27 J. SOC. ISSUES 65, 65-66 (1971).

那些处于法律之外却提出许多证据法关联点的学科的研究性文献。⁽¹⁶⁾ 这种阐释性方法也就是霍姆斯所批判的“白纸黑字”方法或者帕克和萨克斯所称的“教义性方法”。

尽管这种阐释性传统在证据法系统化和学科发展的过程中起到了巨大的作用,但是这一传统也存在着深刻的内在困境。这一传统关注的核心是证据规则,特别是普通法证据规则的系统化工作。研究表明,主流法律评论阐释性传统的论文比例和引用率从20世纪中叶之后便呈现急剧下降状态。⁽¹⁷⁾ 阐释性研究不再像以往那样受到尊重了,将其作为一种职业选择的回报也降低了。英美证据规则特别是排除规则存在的必要性从其形成之初便受到以边沁为代表的学者们的不断质疑。⁽¹⁸⁾ 纵观两百多年来英美证据法的发展历程,证据规则无论从适用范围还是从规范的刚性程度上来说都处于不断限缩的状态,乃至有些学者将之称为“废除主义趋势”。⁽¹⁹⁾ 当证据规则本身都岌岌可危的时候,证据法的阐释性传统的处境自然更加困难。

此外,阐释性传统采用的基于常识经验进行规范分析的方法也造成了一些问题。其一,单一的规范分析法方带来自身的封闭性。换言之,当规范分析方法发展到一定程度的时候,对于规范问题的论证便难以避免地陷入一种循环论证的困境。其二,这一传统所借助的资源主要是常识经验和日常推理,因而缺乏足够宏大的融贯性理论框架来容纳其它学科资源。⁽²⁰⁾ 这种局限性常常带来对具体证据问题的扭曲认识。

三、证据法研究的理论性传统

对阐释性传统的这些内在困境,英美证据法学界并非视而不见、无动于衷。几乎与证据法的阐释性传统同时诞生的是对这种传统进行质疑以及辩护的另外一个传统。为了对这两种传统进行有效的区分,我们姑且将后一种传统称为证据法研究的“理论化传统”。这一传统以边沁的批判为起点,以塞耶的历史性研究为中介,并最终反映在威格摩尔的司法证明科学之中。

(一) 边沁的批判

在阐释性传统之开创者吉尔伯特以最佳证据规则为基础对证据法进行系统化取得初步成功之后,边沁对吉尔伯特的这种努力展开了彻底的批判。边沁的批判集中在两个层面。从直接层面上来讲,边沁认为吉尔伯特的错误在于创立了一个有瑕疵的体系安排。这一体系安排的瑕疵就在于它被建立在虚假的、错误的基础之上,从而赋予了不同的证据以错误的

(16) Roger C. Park & Michael J. Saks, Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn 47 B. C. L. Rev. 949 (2006) .

(17) 在进入20世纪之际,教义性论文占据了这些期刊中证据论文的93%。到了20世纪中叶,这一比例已经下降为79%,而到了20世纪末则只有20%的证据法论文是教义性的了。See Roger C. Park & Michael J. Saks, Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn, 47 B. C. L. Rev. 949 (2006) .

(18) William Twining, Theories of Evidence: Bentham and Wigmore, Stanford University Press, 1985, p. 1.

(19) 关于反规范论的思想传统,参见 Frederick Schauer, In Defense of Rule - Based Evidence Law - And Epistemology Too, Episteme, vol. 5, 2008, pp. 295 - 305; 关于证据规则的废除主义趋势,参见 Alex Stein, The Refoundation of Evidence Law, 9 Can. J. L. & Jurisprudence 279 (1996) .

(20) William Twining, Goodbye to Lewis Elliot: The Academic Lawyer as Scholar, 15 Journal of the Society of Public Teachers of Law 2 (1980) .

证明力等级。比如说,将王室法院的法律备忘录置于其体系的首要位置,将书面证据置于口头证据之上,等等。^[21]边沁认为证明力根本无法通过刚性规则来加以规范。他指出,“从事务本质上来说,为证据寻找一种确保公正裁决的可靠规则是完全不可能的;但人类的心智太过敏感以至无法建立规则,这些规则只能提高一种坏的判决的概率。一位对真相公正的调查者在这方面所能做到的就是让立法者和法官警惕这些草率的规则”。^[22]换言之,边沁从根本上否认那些规范证明力的证据规则的存在。在这种批判的基础上,边沁提出了不排除原则(non-exclusion principle),这一原则主要包括自由证明和反规范论两个部分,倡导建立一种由柔性规范组成的司法证明体系。^[23]

(二) 对批判的回应

对于边沁的批判和追问,证据法学界采取了两种应对策略。一是前面所述的用一个更为科学的基础性原则来取代备受边沁诟病的最佳证据规则,也就是斯蒂芬、塞耶和威格摩尔所阐述的相关性原则。由此带来的结果是证据规则的弱化,证据规则成了对自由证明原则的一系列例外。而且,相关性原则的引入使得对许多证据的采纳和排除很大程度上不再受到刚性的证据规则的规范,转而由裁判者根据既定的框架进行有限的自由裁量。^[24]这无疑向边沁所倡导的不排除原则靠近了一大步。二是为证据规则特别是规范证明力的排除规则寻找存在的正当性基础。在《普通证据法初论》中,塞耶通过对陪审团审判历史发展脉络的细致考察指出“证据法乃是陪审团之子”。陪审团成员作为外行人,没有足够的能力对案件证据的证明力进行准确的判断,因此需要通过证据规则对一些容易误导陪审团的证据进行排除。^[25]这样,塞耶就通过历史考据的方式为证据规则的存在提供了一个正当性基础。威格摩尔基本延续了塞耶的辩护,认为陪审团审判是严格适用证据规则的必要条件,在非陪审团审判中,证据规则至少应该有所放松。在此基础上,埃德蒙·摩根进一步指出,陪审团并不能完全解释所有的证据规则,有相当部分证据规则的形成应该归功于对抗制。^[26]

从20世纪30年代末期开始,在原有系统化阐释的基础上,英美证据法学界将主要力量投入到法典化的进程之中。从《模范证据法典》(1942年)到《统一证据规则》(1953年)再到《加利福尼亚证据法典》(1965年)直至《美国联邦证据规则》(1975年),法典化进程一直影响着当代英美法系各个国家。证据法法典化的辉煌胜利可以说是阐释性传统的高峰,其在20世纪的完成很大程度上有赖于阐释传统历代先贤的努力。

(三) 司法证明科学

作为阐释性传统的集大成者,威格摩尔通过《普通法审判中的证据制度专论》将阐释性传统发展到极致。但威格摩尔并未满足于此,他清醒地意识到,在下一阶段的发展中,可采性规则在重要性上注定会日益下降,而证明将占据日益重要的地位。对于这样一个重点的

[21] William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2 ed., Cambridge University Press, 2006, p. 40.

[22] Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, J. S. Mill (ed.), 5 vols. London, V11 Works, Part III, p. 180.

[23] 吴洪淇《边沁、威格摩尔与英美证据法的知识传统——以证据与证明的一般理论进路为核心的一个叙述》,《比较法研究》2009年第5期。

[24] Eleanor Swift, *One Hundred Years of Evidence Law Reform: Thayer's Triumph* 88 Cal. L. Rev. 2437 (2000).

[25] J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, Little, Brown and Company, 1969, p. 47.

[26] See Edmund M. Morgan, *The Jury and The Exclusionary Rules of Evidence*, 4 U. Chi. L. Rev. 247 (1937).

转移,学术界必须未雨绸缪。为些,威格摩尔撰写了《司法证明科学》。正是在这部巨著中,威格摩尔系统地阐述了其司法证明原则的理论体系。在该书的开端,威格摩尔将证据原则的研究分为一般意义上的证明和可采性规则,前者主要关注争端说服的推理过程,而后者则主要关注根据法律创造出来的程序性规则。可采性规则不过是独属于英美陪审团制度的人造法律规则,而证明原则才代表着对证据性事实进行处理的自然过程,因此威格摩尔在吸收心理学、逻辑学以及一般经验等其他知识的基础上的洞见对间接证据、证人证言等证据的证明力进行了综合分析,并且利用图示法对大量混杂证据进行了分析处理。⁽²⁷⁾

四、当代证据法研究: 两种传统的交织

阐释性传统和理论性传统的二元格局不仅大体解释了 20 世纪 50 年代证据法学界理论萧条期的原因,也为 20 世纪 60 年代之后的证据法学研究发展提供了历史背景。

(一) 理论性传统的复兴

1. 新证据学的兴起

1968 年,美国发生了柯林斯案。⁽²⁸⁾在该案件中,检控方在庭审过程中对数学和概率的运用激发了学术界的系列争论。争议的议题主要包括两个方面:一方面是概率论特别是贝叶斯定理在司法裁判中的作用;另一方面主要围绕有关司法裁判中概率性推理的数学性与非数学性。柯林斯案件所引发的大讨论使得法学界发现了证据法领域一些新的理论突破点。为此,理查德·伦伯特在 1986 年的一篇文章中不无欣慰地指出证据法学研究正在从规则走向证明,并将这一趋势称为“新证据学”。⁽²⁹⁾这种研究范式的转变实际上蔓延到了整个英美证据法学界。《威格摩尔论证据》的编撰者、卡多佐法学院的皮特·蒂勒斯教授对证据与推论进行的研究,美国西北大学约翰·亨利·威格摩尔讲座教授罗纳德·艾伦对司法证明过程的探索,被称为“证据法学界的德沃金”的阿列克西·斯坦对证据基础理论的融贯研究,道格拉斯·沃顿对法律论证理论与证据法之间结合的研究等实际上都不约而同地将重点放在了司法证明领域上。

2. 方法的多样性

新证据学的兴起为证据法研究重点的转型提供了重要的突破口。20 世纪 70 年代之后,证据法法典化的成功使得证据法学界的研究对象从规则层面转向规则背后的应然层面,与证据相关的相邻学科纷纷为证据规则的检验提供了知识资源。除了上述新证据学之外,比较突出的还表现在:(1) 当代实验心理学在目击证人辨认、品性证据规则和传闻规则方面起到了重要的指导作用;(2) 法庭科学的发展推动了专家证人规则、科学证据规则的确立;(3) 女权主义研究在家庭暴力、性骚扰、强奸等集中针对女性的犯罪类型中很大程度上改写了相关的证据规则;(4) 法与经济学分析对于证据法基础理论的重构;(5) 哲学认识论的发展对证据法基础理论产生了很重要的影响。⁽³⁰⁾

(27) John Henry Wigmore, *The Science of Judicial Proof*, 3 ed., Little, Brown and Company, 1937, p. 5.

(28) *People v. Collins*, 68 Cal. 2d 319, 66 Cal. Rptr 497, 163 (1968).

(29) Richard Lempert, *The New Evidence Scholarship: Analyzing the Process of Proof*, 66 B. U. L. Rev. 439 (1986).

(30) See Roger C. Park & Michael J. Saks, *Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn* 47 B. C. L. Rev. 949 (2006).

3. 证据科学的努力

证据领域跨学科的发展令包括特文宁在内的一些学者不再仅仅满足于围绕证据法的研究,也不仅仅满足于停留在松散的“软学科”的境地,而是希望构建出一个以证据为核心的“硬学科”。⁽³¹⁾如何对分散状态的证据进行有效的整合从而提高对未来的预测等问题刺激了英美国家对证据研究的热情。在相关社会资源的支持下,英国的伦敦大学学院和伦敦经济学院集中了各学科力量对证据领域问题进行深入的研究。伦敦大学学院的“证据科学”项目组明确提出希望构建一个以推论性推理为核心的“证据科学”。⁽³²⁾可以说,证据科学是证据法的理论性传统发展到极致的一个集中体现。

(二) 捍卫阐释性传统

在过去的50年里,法典化进程在英美法系取得了极大的进展。英美法系的各个国家自20世纪60年代之后基本上都制订了证据法典。法典化进程的完成标志着英美证据法学者在证据法系统化方面的重大胜利。但是,法典化之后,证据法学学者的研究范围相较原来而言却大大缩小。原来侧重于对证据法进行系统化的学者更多的只能转而就法典本身的矛盾以及法典在适用过程中的具体问题进行一些解释性工作。⁽³³⁾但实际上,如果从一个更为宏大的视野来看,后法典化时代的阐释性进路并非毫无作为,相反它正沿着阐释性传统早期的路径继续向前。

1. 历史性进路

塞耶和威格摩尔所开创的历史考据进路实质上是为了回应对证据法存在之正当性的挑战。这种进路在后法典化时代被法史学家们进一步推进。法史学家们围绕着普通法历史上的证据规则是如何确立的,证据法又是如何形成较为刚性的规则等问题集中展开历史层面的考据工作。这些法史学家主要包括约翰·郎本、詹姆斯·奥尔德姆、约翰·贝蒂、斯蒂芬·兰兹曼等。伦敦中央刑事法院庭审记录、赖德笔记以及《英国审判》等新的史料的挖掘和运用使得对英美证据法历史的更为细致的考察成为可能。与早期的历史考据相同,后法典化的法史学家们的历史考据工作实际上也是为了回应证据法产生发展之正当性问题,尤其是证据法是陪审团之子还是对抗制的产物的问题。尽管这些问题依旧悬而未决,但是历史进路在英美证据法早期发展形态的重现方面作出了很大的贡献。

2. 原则性进路

对证据法基础性原则的探究是阐释性传统的一个永恒话题。原则性进路的大致模式在于希望寻找出一条能够解释证据规则整体的基础性原则。这一基础性原则不仅可以为理解证据规则整体提供一个框架,而且可以通过它来对某一具体的证据规则加以审视。前法典化时代,塞耶和威格摩尔大致确立了相关性原则(也被称作陪审团控制原则),希望以此来整合所有的证据规则。这一努力取得了重大的成功,相关性原则不但为英美证据法学界所接受,而且在《联邦证据规则》等法典中得到了正式的确立。但是,随着时代的发展,这一原

(31) See William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, 2ed. Cambridge University Press, 2006, p. 448.

(32) [美] David H. Schum 《关于证据科学的思考》,王进喜译,载《证据科学》2009年第1期。

(33) See Jack B. Weinstein, *Is there Scholarship after Death, or Are Evidence Teachers Needed after the Federal Rules?*, 41 MD. L. Rev. 209 (1982).

则也逐渐面临着严重的危机。其中最大的危机在于作为该原则基础的陪审团制度的式微。从世界范围上来看,陪审团制度的适用范围正处于缩小的过程之中。在民事诉讼中,除美国和加拿大之外的其它英美法国家都不再使用陪审团审判。在刑事诉讼中,陪审团审判所占的比例也非常之小。⁽³⁴⁾在这种情况下,尽管陪审团审判仍然具有强大的象征意义,但陪审团控制原则的正当性无疑会受到很大的挑战,证据规则要继续存续下去就需要与陪审团审判进行适度的分离并寻找新的基础性原则。⁽³⁵⁾

20世纪70年代法典化之后,一些学者开始挑战这一基础性原则,其中比较有代表性的主要是以下学者的努力。戴尔·南希于1988年发表了《最佳证据原则》一文,在文中,南希提出,普通法法庭实际上最关心的是证据的质量问题,证据规范所关心的是获得对认识意义最佳的、也是可以合理获得的证据。因此,最佳证据原则可以作为证据规则体系的基础性原则,它对于最佳证据规则、意见规则和传闻规则具有最强的解释力。南希提出可以用最佳证据原则来取代控制陪审团原则的基础性地位。⁽³⁶⁾随后,爱德华·伊温克尔里德对南希的最佳证据规则提出了批评,认为最佳证据规则的解释力只是限制在一定的范围内,无法解释一些证据规则,比如特免权规则。伊温克尔里德提出了最差证据原则作为基础性原则。所谓最差证据原则,是指普通证据法是由于早期的法官为了防止、震慑以及发现最差的证据类型也就是伪证而形成的,这一理由也可以用来解释整个证据法体系。⁽³⁷⁾阿列克西·斯坦认为证据法存在的最大价值在于对错判风险进行公平的分配。斯坦认为由于信息收集的限制,个案错判的风险始终是存在的,因此,证据法存在的最大价值就在于对这样一种错判风险进行公平地分配。在此前提下,斯坦提出了一套子原则来应对不同的情形:以“最大个人化”原则(principle of maximal individualization)防止事实认定者们在他们所必须处理的证据不符合个人化标准的时候作出不利于某一方的判决;“成本—收益原则”(cost—efficiency principle)适用于所有的诉讼,该原则要求事实认定者将错误和避免错误的总成本最小化;以“公平原则”(equality principle)适用于民事诉讼,该原则提出事实认定程序和判决不得在当事人双方之间产生对风险的不公平分配;“平等最佳原则”(equal best principle)则适用于刑事审判,该原则要求为了正当地将某位被告定罪,政府必须尽最大努力保护被告使其免受错误定罪的风险,并且不能为其他个人提供更好的保护。⁽³⁸⁾

这样,证据法学界越来越意识到英美证据法本身的多面性很难用单一的原则加以解释。某一原则的解释力往往只集中在证据规则的某一部分,比如陪审团控制原则能很好地解释一部分限制可采性规则,而最佳证据规则对于传闻规则也具有相当的解释力,防止伪证原则则是证人证言规则的基础。⁽³⁹⁾因此,原则性进路实际上呈现出了多原则的复杂图景。

(34) 在加拿大,每年使用陪审团审判的刑事案件只占刑事案件总数的不到1%。在英格兰和威尔斯,这个比例也只有1%至2%。See Lisa Dufrainmont, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, 53 McGill L. J. 199 (2008)。

(35) Frederick Schauer, *On the Supposed Jury—Dependence of Evidence Law*, 155 U. Pa. L. Rev. 165 (2006)。

(36) Dale Nance, *The Best Evidence Principle*, 73 Iowa L. Rev. 227 (1988)。

(37) Edward J. Imwinkelried, *The Worst Evidence Principle: the Best Hypothesis as to the Logical Structure of Evidence Law*, 46 U. M. L. R1069 (1992)。

(38) See Alex Stein, *Foundations of Evidence Law*, Oxford University Press, 2005, and Alex Stein, *The Refoundation of Evidence Law*, 9 Can. J. L. & Jurisprudence 279 (1996)。

(39) Lisa Dufrainmont, *Evidence Law and the Jury: A Reassessment*, 53 McGill L. J. 199 (2008)。

五、认真对待证据法的研究传统

上文以20世纪70年代为切入点,试图用阐释性传统和理论性传统对英美证据法的研究传统进行概括。当然,任何一种概括都难以避免类型化的风险,因此,大体上还需要作以下两点说明。其一,英美证据法研究的发展历程表明了这一研究群体存在非常具有连续性的理论传统。从阐释性传统来看,从吉尔伯特开始,历代证据法学家都孜孜以求地探寻能够完美地架构和解释整个英美证据法体系的基础性原则。而从理论性传统来看,边沁的不排除理论开创了规则怀疑主义的传统,自他而下,规则怀疑主义一直成为英美证据法研究的一个挑战,成为推动证据规范研究者不断为证据规则寻找正当性的动力。⁽⁴⁰⁾而威格摩尔的司法证明科学则为其他学科进入司法证明领域打开了缺口,美国证据法跨学科研究或许早在威格摩尔时期便已经初见端倪了。其二,从英美证据法研究的发展历程来看,阐释性传统和理论性传统之间往往是相互交织在一起的。阐释性传统为了回应理论性传统的挑战不得不去探寻更具解释力的正当性基础,而对阐释性传统的不满或者担忧也是理论性传统发展的最大动力。许多证据法学者特别是当代学者往往同时在两个传统中做出努力。威格摩尔是其中的典型代表,他既是阐释性传统的集大成者,同时也是理论性传统的重要开创者。因此,两个传统的区分常常只是理论进路和研究视角的区分而已,并不是完全相互排斥的。

作为一个法治后发国家,我国的证据法和证据法学研究目前处在一个急剧变动的时期,从证据法规范层面看,诉讼构造的转型激发了我国司法实践对证据规则的需求,不仅立法机关在进行大量的实质意义上的证据立法,学者也纷纷献计献策,起草证据法的建议稿。⁽⁴¹⁾从某种意义上来看,我国证据法规范正处于一个成长和借鉴阶段,对于规范与学说的移植和研究既不可避免也很有必要。但是,由于英美证据法悠久的历史传统和庞大的理论体系,我们在借鉴和研究过程中往往忘却规范和学说所附着的英美证据法的整体背景,从而导致许多误读和不必要的争论。当代英美证据法研究背后实际上有一个很深厚的历史背景,任何一项重要的研究成果除了回应当代社会所面临的问题之外,还要回应整个理论传统所提出的问题。因此,在理解英美证据法学者的一些重要观点时,应当将之置于整个研究传统中。只有这样,才能更好地理解英美证据法研究,也才能尽可能避免使我们的证据法研究建立在错误的基础之上。

(责任编辑:李秀清)

(40) Frederick Schauer, In Defense of Rule - Based Evidence Law - And Epistemology Too, *Episteme*, vol. 5 (2008), pp. 295 - 305.

(41) 参见陈光中主编《中华人民共和国刑事证据法专家拟制稿(条文、释义与论证)》,中国法制出版社2004年版;江伟主编《中国证据法草案及立法理由书(建议稿)》,中国人民大学出版社2004年版;毕玉谦等《中国证据法草案建议稿及论证》,法律出版社2003年版;张保生主编《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》,中国政法大学出版社2008年版。